

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

行政執行と遮断効：行政上の義務の司法的執行問題を手掛りに（加藤秀治郎教授退職記念号）

著者	高木 英行
雑誌名	東洋法学
巻	58
号	3
ページ	1-42
発行年	2015-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00007002/

《論 説》

行政執行と遮断効

——行政上の義務の司法的執行問題を手掛りに

高 木 英 行

第一章 はじめに

行政行為（行政処分）は、たとえ違法であったとしても、取消訴訟を通じて取消されない限り有効であり続ける。^① 行政行為の特殊な効力としての「公定力」、あるいは、取消訴訟（を含む抗告訴訟）に「排他的管轄」（行政事件訴訟法「以下「行訴法」」三条）が認められること——取消訴訟（厳密には抗告訴訟）の排他的管轄^②——の制度的な効果として説明される。^③ ただし行政行為に「重大かつ明白な」瑕疵がある（＝無効の瑕疵がある）場合には、公定力（取消訴訟の排他的管轄）は認められない（最判昭和三〇年二月二六日…民集九卷一四号二〇七〇頁等）。^④

他方で、行政行為により課された義務を市民が自発的に履行しない場合、行政主体（国や地方公共団体等）は、裁判所により出される確定判決等の「債務名義」（民事執行法三条）に依拠することなく、自らの権限でもって強制執行しうる。^⑤ 伝統的に行政行為の「（自力）執行力」と説明されてきたが、今日では、行政代執行法や国税徴収

法等の、「行政上の強制執行」（以下「行政執行」）を認める実定法規に由来する制度的な効果として説明される。⁽⁶⁾

伝統的に公定力や執行力（以下「両特殊な効力」）は、「法律行為」とは異なった「行政行為」の「権力性」を示す性質として議論されてきた。⁽⁷⁾ 本稿は、これら両特殊な効力の性質論に関して、行政主体が行政執行（自力執行）ではなく、司法的執行（民事訴訟→民事執行。以下「義務履行確保訴訟」）に依拠することが適法か否かという問題を素材に再考していきたい。そして本稿の目標は、両特殊な効力論が交錯するこの義務履行確保訴訟問題の⁽⁹⁾ 検討を手掛りとして、「行政行為の権力性」ではなく、「行政行為の遮断効」という観点からの、両特殊な効力の統合的理解の余地を確認することにある。⁽¹⁰⁾

以下第二章では、義務履行確保訴訟問題をめぐる議論動向を確認し、同問題の構成を明らかにする。第三章では同問題と執行力、第四章では同問題と公定力というように、それぞれ検討を進める。第五章では本稿の考察結果を整理し、今後の研究課題を指摘する。

第二章 義務履行確保訴訟

本章第一節・第二節では、行政主体が原告となり相手方市民を被告に、行政上の義務の履行を確保するために提起される民事訴訟、すなわち「義務履行確保訴訟」⁽¹¹⁾ に関して、「法律上の争訟」性を欠くことを理由に「不適法」と判断した宝塚市パチンコ店規制条例事件（最判平成一四年七月九日民集五六卷六号一一三四頁、以下「一四年最判」）について、その問題の所在を確認する。⁽¹²⁾ つぎに第三節・第四節では、一四年最判で「法律上の争訟」問題と並び論点となっていた、「行政代執行の排他的管轄」問題を取り上げ、その射程範囲をめぐる議論を紹介するとともに、その問題構成を明らかにする。そして第五節では、次章での考察方針を示す。

第一節 宝塚市パチンコ店規制条例事件

本件は、条例違反のパチンコ店建築につき工事中止命令が出されたのに、事業者が工事を続行したため、市が事業者相手に建築続行禁止を求めて民事訴訟を提起した事案である。最高裁は、以下の理由から原告の訴えを不適法とした。まず一般論として、次の二区分論を提示する。行政主体が「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような」訴訟（以下「財産義務履行確保訴訟」⁽¹³⁾）は、「法律上の争訟」（裁判所法三条）に当たるのに対し、行政主体が「専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」（以下「行政義務履行確保訴訟」）は、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであつて、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される」。

その上で一四年最判は、行政義務履行確保訴訟を定める「特別の規定」の有無について検討する。「行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（一条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法二条の規定による代執行のみを認めている。」また行訴法その他の法律にも、一般に行政義務履行確保訴訟の提起を認める「特別の規定」もない。

かくして一四年最判は、行政義務履行確保訴訟に関して、「法律上の争訟」に当たらず、またこれを認める特別の規定もないとして不適法とする。また以上の一般論を踏まえ、一四年最判は、原告宝塚市の訴えが行政義務履行確保訴訟に当たるとともに、本件義務が原告の「財産的権利に由来するものであるという事情も認められない」ので、「法律上の争訟」に当たらず不適法として、訴えを却下すべきと判示した。

第二節 二つの論点

前節のように一四年最判は、行政義務履行確保訴訟「不適法」、財産義務履行確保訴訟「適法」との二区分論を提示する一方、行政義務履行確保訴訟であっても「財産的権利に由来する」ものであれば、適法と解しうる余地をも示唆する。⁽¹⁴⁾ただし本稿では、考察主題との関連で、この二区分（+a）論については、その妥当性も含め考察するつもりはない。⁽¹⁵⁾以下本稿では、「財産的権利に由来する」行政義務履行確保訴訟に関しても、広い意味での「財産義務履行確保訴訟」に含まれるとした上で、上記二区分論を論ずる。

ともあれ一四年最判では、特別の法規定がない限り、法律上の争訟に該当しなければ裁判を提起できないという（あ）「法律上の争訟」の論点（裁判所法三条）と、特別の法規定がない限り、行政上の義務履行確保は行政代執行のみに限られるという（い）「行政代執行の排他的管轄」の論点（行政代執行法一条）とが融合⁽¹⁶⁾されて論じられている。

ひるがえって、一四年最判以前の義務履行確保訴訟をめぐる議論は、（い）の論点を中心に蓄積してきた。⁽¹⁷⁾しかし一四年最判が（あ）の論点を前面に押し出したことから、一四年最判以降もっぱらこの論点を中心に議論が展開し、その反作用として（い）の論点が十分に議論されてきていないようにも思われる。さらに本稿の問題関心が行政行為の執行力の性質の再検討にあり、この関連で（い）の論点に関しあらためて注目する必要があることをも踏まえて、以下この論点を掘り下げて検討していく。

第三節 「排他的管轄」の射程範囲

行政代執行の排他的管轄と言っても、そもそもその射程範囲をいかに理解するかで議論の対立がある。⁽¹⁸⁾例えば

一四年最判の調査官解説において、福井章代氏⁽¹⁹⁾は、戦前の「行政執行法」時代に行政義務履行確保訴訟が許されないと解されていたこと、また戦後の「行政代執行法」制定当時、行政上の義務履行確保の一般的手段は「代執行」に限り認められ、個別法上特段の定めのない行政上の義務については、行政罰により間接的に履行を担保するほかは、強制的な義務内容の実現を認めない趣旨と解されていたことを指摘する。

これに対し曾和文氏⁽²⁰⁾は、一四年最判のように、行政代執行法一条を根拠に司法的執行を否定する議論は「的外れ」と批判する。というのも「行政代執行法一条の規定はもともと行政上の強制執行制度に関する一般法として制定されている（この点は前身である行政執行法と同様である）」のであって、この規定でもって「『別に法律で定めるもの』として想定されているのは執行罰や直接強制などの行政上の強制執行手段」であり、「司法的執行の可否はそもそも行政代執行法の守備範囲外」なのであって、「行政代執行法の関与するところではない。」からである⁽²¹⁾。

福井説が、「行政代執行の排他的管轄」の射程範囲を、司法的執行（行政義務履行確保訴訟）との関連で「広く捉えるのに対し、曾和説は、その範囲を、行政上の強制執行の種類（代執行・直接強制・執行罰）との関連で「狭く」捉える⁽²²⁾。ともあれ曾和説も、前提としては認めるように、一四年最判の採用する理解は、福井説と解するのが妥当であろう。

第四節 「排他的管轄」の問題構成

第一節で確認した一四年最判の二区分論、ならびに、第二節で同じく確認した一四年最判の「排他的管轄の射程範囲」理解を踏まえると、排他的管轄問題をめぐっては、次の（ア）（イ）の二つの類型が想定しうる。（ア）一四年最判にもかかわらず、「行政義務履行確保訴訟」が法律上の争訟と解する場合であっても、別途「行政代執行」

の排他的管轄が適用され、それと抵触する行政義務履行確保訴訟が不法となるのか否かという問題。⁽²³⁾ (イ) 一四年最判において「法律上の争訟」とされた「財産義務履行確保訴訟」の場合であっても、別途「強制徴収」の排他的管轄が適用され、それと抵触する財産義務履行確保訴訟が不法となるのか否かという問題。⁽²⁵⁾

もちろん、《行政義務履行確保訴訟》と《行政代執行》との間、また《財産義務履行確保訴訟》と《強制徴収》との間で、それぞれ論理必然的に「一対一」で問題が構成されるというわけではない。⁽²⁶⁾ もっとも本稿では、問題の所在を明らかにする観点から、あえてかくのごとく「一対一」に結びつけて（その限りでは想定される問題類型を限定して）議論していく。

さらに（ア）（イ）それぞれの場合に結論を下すに当たっては、行政代執行にせよ強制徴収にせよ、排他的管轄が問われている際に、それらの行政執行（自力執行）が、（a）十分に使える状況（法律上定められていることを含む）にあるか、それとも、（b）十分に使えない状況（法律上定められていないことを含む）にあるかという問題状況の差異についても考慮せねばならない。⁽²⁷⁾ もちろん突きつめるなら、行政執行が十分に使えるか否か⁽²⁸⁾ という（a）（b）の区別も質的なものではなく、量的なものに過ぎない。しかしやはり本稿では、問題の所在を明らかにする観点を重視し、両者を画然と区別して議論していくこととする。

第五節 小括

以上のことから、次章では、（ア）（イ）という形で構成した二つの問題類型モデルと、（a）（b）という形で構成した二つの問題状況モデルとを交錯させ（したがって四つの組み合わせができる）、義務履行確保訴訟問題に関して、（法律上の争訟の観点をさしあたり措いた上で）排他的管轄の観点からの考察を進める。またこの点と関連して、

排他的管轄が「行政代執行」のみならず、「強制徴収」に関しても問題となりうることから、以下本稿の用語法として、「行政代執行の排他的管轄」と「強制徴収の排他的管轄」の上位概念として、『行政執行の排他的管轄』という概念を用いる。

第三章 義務履行確保訴訟と執行力

前章最後に示した考察方針に基づき、本章第一節では、行政代執行の排他的管轄をめぐる判例学説の展開を検討する。第二節では、排他的管轄論が「強制徴収」に関しても問題となりうることを、「バイパス理論」をめぐる判例学説の展開に即して明らかにする。さらに第三節では、「行政執行の排他的管轄」という上位概念から、学説展開を掘り下げて検討する。そして第四節では、以上の考察結果を踏まえつつ、「行政執行の排他的管轄」概念に関して、伝統的な「行政行為の執行力」概念との関係を考察していく。

第一節 行政代執行の排他的管轄

裁判例からみよう。(アa)の場合、例えば岐阜地判昭和四四年一月二七日(判時六〇〇号一〇〇頁)⁽²⁸⁾は、国が、河川区域内で不法な砂利採取をした事業者に対して、河川法による原状回復命令を出した後、その命令の履行を求める訴訟を提起した事案である。裁判所は、河川「法には何ら強制執行の規定がない以上、非常の場合の救済手段である行政代執行法による代執行によらないで、裁判所にこれが履行を求める訴を提起することも許される」として、本訴を「適法」とした(請求も認容している)。

ついで富山地決平成二年六月五日(訟月三七卷一号一頁)は、河川区域での不法な土石採取に関わる原状回復命

令を履行させるための仮処分申請が認容された事例である。⁽²⁹⁾ かえりみて先の岐阜地判昭和四四年は、行政代執行を「非常の場合の救済手段」と断定するほか、義務履行確保訴訟の許容性を裏付ける明確な理由を示していなかったところ、⁽³⁰⁾ この富山地決平成二年は、「民事上の手続によることが債務者に対し特に不利益を与えるものとはいえないし、行政代執行法もこれを許さない趣旨であるとは解されない」との理由を示す。⁽³¹⁾ ともあれいずれの裁判例とも、行政代執行が十分に使える問題状況のもとで、⁽³²⁾ 行政代執行の排他的管轄が否定（行政義務履行確保訴訟が肯定）された事例である。⁽³³⁾

以上に対し（ア）の場合、例えば大阪高決昭和六〇年一月二五日（判時一一八九号三九頁）は、一四年最判同様、パチンコ店規制条例に基づく建築中止命令に違反した事業者に対し、伊丹市が建築続行禁止の仮処分を申請し、それが認められた事例である。⁽³⁴⁾ 本判決では、本件命令を適法とし、かつ、相手方事業者がこの命令に従う行政上の義務があることを認めるのだが、その前提として、次のように、一般論として、行政代執行の排他的管轄を否定し、行政義務履行確保訴訟とそれに伴う仮処分申請を適法と判断する。

「本件条例には、建築中止命令に従わない場合に行政上これを強制的に履行させるための定めがなく、又その性質上行政代執行法上の代執行によつて強制的に履行させることもできない。このような場合においては、行政主体は、裁判所にその履行を求める訴を提起することができるものと解する。ただし、本件のように行政庁の処分によつて私人に行政上の義務が課せられた以上私人はこれを遵守すべきであり、私人がこれを遵守しない場合において行政上右義務の履行確保の手段がないからといってこれを放置することは行政上弊害が生じ又公益に反する結果となり、又何らの措置をとりえないとすることは不合理であり、その義務の履行を求める訴を提起しうるとするものが法治主義の理念にもかかなうものである。」⁽³⁵⁾

(アa)(アb)いずれの場合とも、裁判例上、行政代執行の排他的管轄を否定(行政義務履行確保訴訟を肯定する裁判例が蓄積してきた⁽³⁶⁾)。しかし一四年最判は、直接には(アb)の場合の事案において、行政代執行の排他的管轄を肯定(行政義務履行確保訴訟を否定)した。この一四年最判(建築中止命令に従う義務といった、行政代執行法が使えない不作為義務に関して下された判決)の射程距離は、行政代執行が十分使える問題状況に係る(アa)の場合に對しても、《勿論》及ぶと解されるおそれがある。なぜなら、行政代執行が十分使えない問題状況ですら、行政代執行の排他的管轄が肯定されるのであれば、それが十分使える問題状況では、なおさらそれが否定されるはずがないとの議論が成り立ちうるからである。

以上の判例動向に對し学説では、(アa)の場合に関しては、賛否両論が拮抗してきたように思われる一方、(アb)の場合に関しては、これまで行政代執行の排他的管轄を否定(行政義務履行確保訴訟を肯定)する見解が支配的だったし、また一四年最判を経た今日においてもなお有力な見解と言える⁽³⁸⁾。

例えば阿部泰隆⁽³⁹⁾氏は、「行政代執行は行政庁が要急事件につき自己の危険負担において行政上の義務の履行確保を図る特権を附加的に認める制度にすぎず、行政代執行の発動要件の有無が明らかでないとか、行政代執行が必ずしも有効でないときは、原則的な履行強制手段である民事執行の利用を行政庁に禁ずる理由はない」と指摘する⁽⁴⁰⁾。

また曾和俊文氏⁽⁴¹⁾も、「法令や行政処分で私人に義務を課したすべての場合に、一般に、私人の義務に對応した国や地方公共団体の義務履行請求権が常に生じるとはいえないとしても、①行政上の強制執行制度が十分に機能しない場合であつて、②司法的執行によつて実現すべき公益の内容が民事訴訟による実現になじむ場合に、何らかの解

釈論的工夫によつて司法的執行を認めるべき事例があるのではなからうか」と指摘する⁽⁴²⁾。

第二節 強制徴収の排他的管轄

まず（イb）の場合の判例からみよう。例えば岡山地判昭和四一年五月一九日（行集一七卷五号五四九頁）は、被告納税義務者が租税債権の存在を争う一方、差押えの対象となるべき財産を所持していないことから、原告行政主体が事実上滞納処分に着手することができず、その結果、原告として消滅時効の進行を中断するためには、裁判上の請求（民法一四九条）しか方法がないとして、時効中断のための租税納付義務確認訴訟（公法上の当事者訴訟…行訴法四条）を提起したところ、その訴えが適法と認められた事例である。⁽⁴³⁾ 今日、租税債権の消滅時効中断に関わって、強制徴収の排他的管轄が否定され、財産義務履行確保訴訟——当事者訴訟によるのであれ民事訴訟によるのであれ——が肯定されることは、裁判例上確立しているといえよう。⁽⁴⁴⁾

学説でも例えば兼子仁氏は、⁽⁴⁵⁾ 滞納処分 of 文脈で、「司法国家制における自力執行の原理的例外性にかんがみるとき、行政組織体制上自力執行至難でかつ具体的に訴えの利益を限定できる場合には、行政が民事執行を訴求しうるものと解してよい」と言及し、（イb）の場合の、強制徴収の排他的管轄「否定」（財産義務履行確保訴訟「肯定」）を示唆する。⁽⁴⁶⁾

つぎに（イa）の場合のリーディングケース、農業共済組合保険料事件（最判昭和四一年二月二三日…民集二〇卷二号三二〇頁、四一年最判）は、農業共済組合の農作物共済掛金等について、法律（農業災害補償法や農業共済基金法等）によって認められている行政上の強制徴収ではなく、民事訴訟による強制執行が試みられた事案である。最高裁は、農業共済組合が組合員に対し有する共済掛金等に係る債権について、「法が一般私法上の債権にみられない特別の取扱いを認めているのは、農業災害に関する共済事業の公共性に鑑み、その事業遂行上必要な財源を確保するためには、農業共済組合が強制加入制のもとにこれに加入する多数の組合員から収納するこれらの金円につき、

租税に準ずる簡易迅速な行政上の強制徴収の手段によらしめることが、もっとも適切かつ妥当であるとしたからにはかならない。」と判示する。

その上で最高裁は、「農業共済組合が、法律上特にかような独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によってこれら債権の実現を図ることは、前示立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されない」として訴えを不適法とした。⁽⁴⁷⁾

四一年最判は、事案に照らして厳密に言えば、原告債権者（農業共済組合連合会）、訴外債務者（農業共済組合）、被告第三債務者（同組合の組合員）という《三面関係》の下で、原告債権者が訴外債務者のもつ強制徴収権を代位行使しえなかったので、やむなく民事訴訟で争った事案として、（イb）の場合に属する事例との理解も成り立ちうる。⁽⁴⁸⁾

もっとも四一年最判の調査官解説が、同最判の基礎とする考え方につき、「行政上の強制徴収も『民訴法上の』強制執行もひとしく債権実現の手段であるから、特定種類の債権について法が適切合目的と認めてその一の手段を指定した以上、その債権の実現は必ずその方法によるべきであって、債権者にその方法の自由な選択を許す趣旨とは解しがたい。」（カッコ内は高木による）⁽⁴⁹⁾との指摘からもうかがわれるように、同最判に関しては、強制徴収が十分使えることを前提に、その排他的管轄を肯定（財産義務履行確保訴訟を否定）した（イa）の場合に属する事例として理解されてきたと言えよう。

そしてこの四一年最判の意義を一般化⁽⁵⁰⁾して論じたのが、塩野宏氏の「バイパス理論」である。塩野氏は、四一年最判のみならず、（アa）の場合に係る前掲岐阜地判昭和四四年をも念頭に、法律が「本来の道」（『民事上

の強制執行)ではない「バイパス」(＝行政上の強制執行)をつくったのに、その「バイパスを使わないで、裁判所という別の国家機関に迷惑をかけるというのは、ほかの第三者なんかには、いろいろそういうルートを使いたいという人に若干迷惑を及ぼすことがあり得る。」とした上で、特権として「バイパスが認められた以上」、「常にこちらを通るべきだというのが一つの筋」と指摘する。

いわば、強制徴収であれ行政代執行であれ、自力執行という形での特権的な行政執行(バイパス)が使える以上、それを使わねばならないというのが法律の趣旨であるとの議論である。⁽⁵¹⁾ 他方で同氏は、「バイパスがないときに、要するに行政上の強制執行手段がない場合に、民事上の強制執行が使えないかどうかということになりますと、それは場合によるのではないか」とも指摘する。⁽⁵²⁾ かくして塩野「バイパス理論」は、(アb)(イb)の場合とはかく、(アa)(イa)の場合に「行政執行の排他的管轄」を肯定(義務履行確保訴訟を否定)する議論であると言えよう。

第三節 「行政執行」の排他的管轄

塩野「バイパス理論」をめぐる、学説上さらに議論が展開していく。もちろん「そもそも論」として、この理論そのものに対する批判論も展開してきた。⁽⁵³⁾ しかし以下この理論が広く受け入れられていることに鑑み、この理論を踏まえた上での学説展開をみていく。

例えば小高剛氏は、⁽⁵⁴⁾ 四一年最判、バイパス理論、先の兼子説等を踏まえた上で、「少なくとも、強制徴収に関するかぎり、解釈論としては、その要件は明確であり、違法な手続が行われるおそれはほとんどないと考えられるから、民事上の強制執行を認めないとする見解は、納得できる」と指摘する。少なくとも(イa)の場合に強制徴収

の排他的管轄を肯定（財産義務履行確保訴訟を否定）する趣旨であろう。

他方で小高氏は、行政代執行法二条の、自力執行（行政代執行）が実施できる場合を厳格に絞る要件規定——《補充性要件》や《公益性要件》⁽⁵⁵⁾——からみて、「行政代執行によつては実現できない義務がありうるのであり、またこのような義務について履行確保の必要性がないものとしたわけでない以上、民事上の手段を閉ざすことは失当」とした上で、「行政強制の手段が法律上定められていない場合に、行政処分強制執行については、民事執行手続が、一般的原則的手続と目することが許される」と指摘する。少なくとも（アb）の場合の行政代執行の排他的管轄を否定（行政義務履行確保訴訟を肯定）する趣旨であろう。

これに対し原田尚彦氏は、小高説同様、（イa）の場合には、「行政の能率性と経済性ならびに迅速性を確保する見地からは」、強制徴収の排他的管轄を肯定（財産義務履行確保訴訟を否定）する議論は「是認してよい」とする。また（アb）の場合、具体的には行政代執行法二条が掲げる《補充性要件》や《公益性要件》を明白に欠く、行政上の義務不履行に関しては、「行政庁はいかなる手段によつてもその下命を強制的に実現することはできない」という。なぜなら両要件は、「ひとり代執行の要件であるばかりでなく、公法上の義務の強制履行全般を通ずる一般原則とも解し得るから、これが欠けるときには、司法権といえども公法上の義務の強制履行をする余地はない」からである。この点で原田説は、小高説と異なり、（アb）の場合であっても、行政代執行の排他的管轄を肯定（行政義務履行確保訴訟を否定）する。

もっとも小早川光郎氏⁽⁵⁸⁾は、「人民の負担する義務について立法が予定する限度を超えて実効確保が追求されるべきではなく、民事手続による強制の仕組みの適用（拡大適用）を認めるには慎重さが必要」との、上記原田説のような議論に対して、「真に重要なのは人民に対する強制に関して行政機関の恣意を排除することであり、民事上の

法律関係の場合と同一の原則に従い、法定の手続にもとづく独立の裁判所の判断によって義務履行強制が行われるとすれば、それを広く認めることに実質的な不都合はない」と反論し、少なくとも（アb）の場合の行政代執行の排他的管轄を否定（行政義務履行確保訴訟を肯定）する。

また小早川氏は、（アa）（イa）の場合の義務履行確保訴訟に関し、「本来的には可能」、「行政上の強制執行に関する立法の存在によって当然かつ全面的に排除されると解すべきものでもない。」と指摘しながらも、「行政上の強制執行が可能であり、それによって容易に目的を達することができる」場合には、「訴えの利益を欠くとみるべき場合がある」として、行政執行の排他的管轄を肯定（義務履行確保訴訟を否定）する余地を示唆する。

さて、上記原田説であるが、それは比較的初期の議論（以下原田X説）であった。その後同様の問題につき、原田尚彦氏⁽⁶¹⁾（以下原田Y説）は、先の兼子説同様、「『司法国家』体制のもとでは、実力の行使は司法権の判断に即して司法権の手で行われるのが大原則」であって、行政上の強制執行（自力執行）は「法律がとくに許している場合に例外として認められるにすぎない」と指摘する⁽⁶²⁾。そしてこのことから、原田X説とは《逆の》議論、すなわち「行政上の強制執行が法律上許されていない場合には、行政上の強制執行はできないわけであるが、さりとて一切の強制を放棄する趣旨と解するのは適当ではない。」とし、このような場合には、「司法上の手続によることを予定している」と理解するのが「素直な見方」であり、「正当な解釈」であるとする⁽⁶³⁾。

以上を踏まえた上で原田Y説は、岐阜地判昭和四四年等の（アa）の場合に関しては行政執行の排他的管轄を肯定（義務履行確保訴訟を否定）するのが「常識的な対応」——ただし司法国家原理を徹底するならば逆の結論になりうる旨も指摘する⁽⁶⁴⁾——とする一方で、「行政上の強制執行手続は義務の強制を簡易迅速に果たすための、所詮は一つの便法にすぎない。」との理解のもと、「行政上の強制手続によるのが不適切とみられるような特段の事情がある

場合にまで『バイ・パス』の利用を強制し『本道』に戻ることを禁ずるわけではない」と指摘する⁽⁶⁵⁾。その上で原田氏は、行政代執行法二条の補充性要件や公益性要件の有無が疑わしい場合、租税債権の時効中断の必要性がある場合、その他「事実上の障害」があつて行政執行がむずかしい場合⁽⁶⁶⁾といった三つの場合——すなわち本稿の分類で整理すれば(アb)(イb)の場合——においては、行政執行の排他的管轄を否定(義務履行確保訴訟を肯定)する⁽⁶⁷⁾。

さらに岡田春男氏は、「バイパス理論」が行政上の強制徴収に特有の問題ではなく、行政上の強制執行全般で配慮されるべき理論との理解を示すとともに、「行政上の強制執行権発動の制度ないし趣旨が十分に活かされない場合には、理論上の限界なり例外があつてしかるべきで、その排他性は退くものと解する。」として、(アb)(イb)の場合につき、行政執行の排他的管轄を否定(義務履行確保訴訟を肯定)する⁽⁶⁸⁾。

また岡田氏は、「法が特別の手續を設けていることに鑑みて、そこに排他性の承認という趣意まで汲み取り、原則として『排他性の一般的承認』を是認する考え」を「一般排他性の原則」と呼び、この原則の具体例として、「取消訴訟の排他的管轄」のほか、バイパス理論との関連で論じられてきた四一年最判を挙げる⁽⁷¹⁾。もともと同氏は、四一年最判が「迂遠な民事訴訟法上の強制執行の手段によることが強制徴収の手段を設けた趣旨に反しない場合」には「例外のあることを予定」しているとも理解できるとする⁽⁷²⁾。その例外の具体例として前掲岡山地判昭和四一年を挙げることからみても、(イb)の場合の行政執行の排他的管轄を否定(義務履行確保訴訟を肯定)するものと言えよう。

以上岡田説は、義務履行確保訴訟に関して、今日学説が到達した水準を反映する議論であるが、それとともに注目すべき点は、「一般排他性の原則」という観点に立つことによって、「行政執行の排他的管轄」と「取消訴訟の排他的管轄」とを統合的に議論していく余地を開拓している点である。塩野説において提起された『行政執行』場面

での「バイパス理論」の一般化をさらに進め、《行政訴訟》場面での問題事象との【接続】をはかる視点を示唆するものと言えよう。

第四節 若干の検討

以上学説の大まかな議論動向を整理するなら、(ア)行政代執行の排他的管轄であれ、(イ)強制徴収の排他的管轄であれ、(b)自力執行たる行政執行(バイパス)が十分使えない場合にまでその排他的管轄を肯定(義務履行確保訴訟を否定)することに關しては、概して消極的な動向だが、(a)自力執行たる行政執行(バイパス)が十分使える場合にその排他的管轄を肯定(義務履行確保訴訟を否定)することに關しては、概して積極的な動向といえようか。

他方で判例では、一四年最判により、少なくとも(アb)の場合において「行政代執行の排他的管轄」が肯定(義務履行確保訴訟が否定)され、また今後、この判決の射程距離が、従来の裁判例上その排他的管轄が否定(義務履行確保訴訟が肯定)されていた(アa)の場合にまで及ぶ恐れがある。また(イb)の場合に關しては、「租税債権の消滅時効中断」の論点に絞ってではあるが、「強制徴収の排他的管轄」を否定(義務履行確保訴訟を肯定)する裁判例が確立している一方で、(イa)の場合に關しては、四一年最判がその排他的管轄を肯定(義務履行確保訴訟を否定)するものといえよう。

そこでつぎに問題となるのが、学説判例が念頭に置く「行政執行の排他的管轄」とは何であるのか、とくに従来からの伝統的な「行政行為の執行力」概念との間でどのように位置づけられるのかという理論的な問題である。⁽⁷⁴⁾ かえりみて、行政行為の執行力として従来から議論されてきた内容は、(X)私人には認められない、行政にとって

の権力的優越性としての自力執行「特権」(バイパス)の側面であった。しかし「行政執行の排他的管轄」では、このような特権的契機——バイパスが使えること——が直接問題となっているわけではない。

むしろここで問題となっている事柄は、(X) 行政上の義務履行確保に当たっては法律(行政代執行法や国税徴収法等)でその実体並びに手続的要件が厳格に定められた形で自力執行手続しか用いることができないこと——バイパスしか使えないこと——という、「行政執行の排他的管轄」の制度的効果である。以下本稿では、後者の制度的効果のことを、他の手段(義務履行確保訴訟)でもつては行政行為の効力を貫徹できないというその趣旨を踏まえて、「効力貫徹遮断効」と言及することとしたい。

しかし以上と類似的議論は公定力をめぐっても見出されうる。すなわち公定力に関しても、「取消訴訟の排他的管轄」の制度的効果——「効力覆滅遮断効」——といった形で、(Y) 制約的契機(訴訟類型強制や出訴期間といった一定の訴訟要件を満たしていなければならない)が問題とされる一方、取消訴訟によりさえすれば原因に遡って画一的に紛争解決ができるなど、見方によれば市民にとつての(Y) 特権的契機も語られてきた。⁽⁷⁶⁾ それゆえ公定力と対比で考えるなら、執行力に關しても、(X) 特権的契機(自力執行権)のみならず、その「裏表」の関係として、(X) 制約的契機(効力貫徹遮断効)が含まれているとの説明が成り立ちうるのではないか。

思うに、従来の行政法学では、⁽⁷⁶⁾ 執行力と公定力に共通する「行政行為の権力性」を挟り出す問題意識から、注目される契機が前者の場合(X)、後者の場合(Y)というように、概念整理に「ずれ」があったのではないか。むしろそれは、行政行為に化体される《行政権力》なり《公権力》なりを統制するという、それはそれで正当な実践論的問題意識——ただしここで言う「権力」とは何かという根本的な認識論的問題に関してはさておく——に立つものであるし、またこの問題意識からすれば、理論上も一貫した概念整理でもある。しかしその反作用として、執

行力の（X）部分と公定力の（Y）部分との間の関係性について、十分な検討が尽くされなかったのではないか。ただし逆に言えば、「行政行為の権力性」とは異なる問題意識、「行政行為の遮断効」という問題意識に立脚すれば、上の「ずれ」は消滅し、執行力と公定力の性質の異同に関して新たな分析視角が得られることになる。もともとこの新たな視角を考えるに当たっては、あらためて公定力と執行力との関係性を掘り下げて理解する必要がある。そしてその際には、両特殊な効力論が交錯する、「義務履行確保訴訟」の本案審理において、公定力⁽⁷⁶⁾が問題となる場面を検討しておくことが有用である。

第四章 義務履行確保訴訟と公定力

適法に提起された義務履行確保訴訟——当座の解釈論的に言えば一四年最判が「法律上の争訟」と認める（イ）「財産」義務履行確保訴訟、それを超えて理論的に言えば一四年最判が「法律上の争訟」と認めない（ア）「行政」義務履行確保訴訟をも含む——の中で、被告市民は前提たる行政行為の「違法性」を主張（抗弁）しうるか（裁判所からすれば違法性を審理しうるか）否かが、その「行政行為の公定力」ないし「取消訴訟の排他的管轄」⁽⁷⁷⁾との関連で問題とされてきた。⁽⁷⁸⁾

本章第一節では、この問題に関する賛否両論を紹介するとともに、違法主張を認めるとしてもその「肯定」の論拠に関して、なお検討の余地があることを指摘する。つぎに第二節では、「違法性の承継」論の問題状況との比較を手掛かりに、先の違法主張「肯定」の論拠の説明を試みる。さらに第三節では、公定力と執行力との関係に関する学説の議論を検討する。そして第四節では、前章最後で述べた、「行政行為の遮断効」に基づく新たな分析視角と、その視角を踏まえた上での一四年最判の問題性を指摘する。

第一節 違法主張「肯定」の論拠

義務履行確保訴訟と公定力をめぐる、学説では様々な議論が展開されてきた。⁽⁷⁹⁾ 例えば塩野宏氏は、建築続行禁止の仮処分が認められた、(アb)に係る前掲大阪高決昭和六〇年では、その前提として建築禁止命令の適法性を審査したことを挙げながらも、「命令の公定力が働くので、裁判所の審査は命令の有効無効に限定されると解される。」⁽⁸⁰⁾という。

これに対し宇賀克也氏⁽⁸¹⁾は、「行政行為の公定力論を民事訴訟、民事保全手続による場合にもそのまま適用」すると、すなわち「公定力によって裁判所は当該行政行為に無効の瑕疵がない限り有効なものとして取り扱わなければならない」とすると、「民事訴訟、民事保全手続においても行政に特権が認められていることになる」と指摘する。また「無効の瑕疵しか裁判所が審査できないのであれば、裁判所は、通常、単に行政上の義務履行確保のために行政の下請機関として利用されるだけのことになってしまい、実態としては、行政権の自力執行を認めるのと大差がないことになる」とする。⁽⁸²⁾

さらに宇賀氏は、(アa)に係る富山地決平成二年等、義務履行確保訴訟を適法と認めてきた裁判例の中でも、裁判所が行政行為の適法性を審査しうるものが「当然の前提」とされてきたと指摘する。加えて「民事訴訟、民事保全手続は、当事者が対等であって一方が特権を認められることはない」ことを「大前提」とする以上、「行政主体であっても、民事訴訟、民事保全の手段による以上は、当事者対等の原則を崩すような特権を認められるべきではないという考えも十分に成立しうる」⁽⁸³⁾のだから、義務履行確保訴訟に「公定力が働くと考えerる必要はなく」、「裁判所に行政行為の適法性の審査を行わせ、違法な場合、民事執行、民事保全を拒否しても、取消訴訟の排他的管轄の趣旨に反しないという見方も十分ありうる」と指摘する。⁽⁸⁴⁾

もつともこの宇賀説に關して土井真一氏は、「裁判所を法原理部門として捉える場合に非常に重要である」と評しつつも、「民事訴訟における当事者対等の原則を論拠とする場合には、本件のような司法的執行に係る訴訟だけではなく、民事訴訟一般に妥当することになり、そもそも取消訴訟の排他的管轄を認めることが適切ではないということにならないか」との疑問を提起する。この疑問は、「当事者対等の原則」を論拠とすると、違法であつても有効な行政行為（公定力が働いている行政行為）を前提とした民事訴訟（最判昭和三〇年二月二六日・民集九卷一四号二〇七〇頁等）において、「取消訴訟の排他的管轄」が働くことすらも正当化されなくなってしまう恐れがあるとの趣旨であろう。つまり土井説は、「当事者対等の原則」という抽象的な原則から、ダイレクトに公定力（取消訴訟の排他的管轄）を否定する結論を導く宇賀説の論理的な問題性を突くものと言えよう。

他方で宇賀説のほかにも、例えば中川丈久氏は、義務履行確保訴訟においても「取消訴訟の排他性はカテゴリカルには排除されない」と解する立場を採る一方で、「最高裁は、取消訴訟を適時に提起することを期待すべきでない者に対してまで、取消訴訟の排他性を適用していない。排他性を認めても正義の觀念に反しない場面に限って適用するのが、最高裁の判例準則である。」とも指摘する。その上で、義務履行確保訴訟が提起されることを予期できなかった——「強制執行しうる債務」であることが法律上明文で示されていない場合の——市民に対しては取消訴訟の排他性が適用されず、違法主張が肯定されうると説明する。⁽⁸⁷⁾

この中川説は、『予測可能性保護の原則』に依拠した正当化論であろう。しかしその種の「判例準則」があるとしても、不利益な行政処分の法的効果とそれに基づく義務が生じていることが相手方市民にとって明確である（実体法上の明確性がある）にもかかわらず、その義務につき義務履行確保訴訟が提起されうるか否かが不明確（執行法上の不明確性がある）という理由でもって、「取消訴訟を適時に提起することを期待すべきでない者」（救済法上の不

明確性がある」と言い、このような者に対して取消訴訟の排他性を適用することが、⁽⁸⁸⁾「正義の観念に反する」とまで言い切れるのだろうか。予測可能性保護の原則を、この水準にまで押し及ぼすためには、さらなる論証の必要があるように思われる。

加えて兼子仁氏は、⁽⁸⁹⁾「行政処分の適法・違法の有権的審査は司法裁判所で初審的に行なわれ公定力は効果の予先の通用性のみを意味するという立場からすれば、この執行訴訟において被告側の違法主張に基づく適法審査が不可争処分についてもなされるべきと解される。」と指摘する。確かに今日の公定力理解を反映した解釈論的説明ではあるが、しかし否定説がこれと同じ公定力理解に立ちながらも、⁽⁹⁰⁾《違法主張を認めてしまうと実質的に公定力なり不可争力なりが侵害されるのではないか》との懸念を抱いているとするのであれば、この兼子説の説明のみでもって十分に応え切れていない可能性がある。

以上学説の議論動向を踏まえると、義務履行確保訴訟に公定力が及ばない旨の違法主張肯定説に立つ場合には、そのことを過不足なく裏づけるための、それ相応の筋道だった⁽⁹¹⁾「解釈論的な」説明が求められるように思われる。

第二節 「違法性の承継」論との問題状況の比較

まず大前提として、前節最後の兼子説の指摘にもあったように、また前稿・前々稿でも論じたように、⁽⁹²⁾公定力（さらには不可争力）は、今日、行政行為の効力を覆滅することを阻止する作用（効力覆滅遮断効）のみを含意するものと解すべきである。この作用を超えて、行政行為の違法主張までも阻止する作用（違法主張遮断効）が認められるのは、それ（＝違法主張）を認めてしまうと、間接的にはあれ、効力覆滅遮断効が侵害されることになる法的事態が生じる場合に限られるべきである。その具体例として、「違法性の承継」で論じられてきた問題状況が

ある。

すなわち、後行行政行為取消訴訟において、先行行政行為の違法主張を認めて、それを理由に後行行政行為をも違法とし、その結果、その取消判決（請求認容判決）が下されることになると、その判決の「形成力」によって、「後行行政行為」の効力が覆滅するのみならず、その判決の「拘束力」（に基づく不整合処分取消義務）によって、「先行行政行為」の効力をも覆滅する法的事態が生ずる（行訴法三三条）。したがって先行行為に係る「効力覆滅遮断効」を維持するためには、公定力（ないし不可争力）の名のもと、先行行為に係る「違法主張遮断効」が補完的・派生的に作動する必然性が生じる。このような観点から「違法性の承継」は「原則として」否定されることが正当化される（例外として最判平成二十二年二月一七日（民集六三卷一〇号二六三二頁）等参照）。

これに対し義務履行確保訴訟の場合、そもそも「民事訴訟」である以上、「取消判決の拘束力」という行訴法上の制度は問題とならない。⁽⁹²⁾ 言い換えると、民事訴訟（義務履行確保訴訟）の本案審理を通じて、被告市民側の行政行為に係る違法主張が認められ、その結果として「請求棄却判決」が下されることとなったとしても、その行政行為の効力が覆滅する法的事態は生じない。⁽⁹³⁾ したがって、違法主張を認めたとしても「効力覆滅遮断効」が侵害されない以上は、違法性の承継の問題状況とは異なっており、公定力（あるいは不可争力）の名のもと、「違法主張遮断効」が補完的・派生的に作動する必然性はない。⁽⁹⁴⁾

かくして、「効力覆滅遮断効」・「違法主張遮断効」の作動メカニズムからすれば、義務履行確保訴訟の本案審理において、被告市民からの、行政処分に係る違法主張は「当然に」肯定されることになる。そしてこの帰結は、義務履行確保訴訟とは「逆の」紛争事態、すなわち原告市民から取消訴訟を提起された被告行政主体が、その行政行為の「適法」を主張できることも、結果的に均衡がとれている。

このように、義務履行確保訴訟における公定力否定は、「当事者対等の原則」ないし《予測可能性保護の原則》という抽象的な原則からダイレクトに裏づけるのではなく、「行政行為の遮断効」の作動のあり方を媒介として解釈論的に裏付けるべきだろう。

第三節 公定力と執行力

以上の議論を受け、あらためて問題となるのは、公定力と執行力との関係である。⁽⁹⁶⁾ 例えば広岡隆氏は、執行力の「理論的前提」として公定力が考えられるとともに、⁽⁹⁷⁾ 両特殊な効力は「行政主体の行政客体に対する優越性を示し、行政行為が、私法行為と異り、公権力の発動行為たることの特徴を表わす。」と指摘する。またこのことから、「公定力と執行力とは、必ずしも概念上明確に区別されず、公定力と執行力とが漠然と一つの概念の下でとらえられたり、或は、公定力の中核をなすものが、執行力であるかのように語られることもある。」と指摘する。⁽⁹⁸⁾ このように伝統的な行政法学では、「行政行為の権力性」の考え方を背景に、執行力を公定力の一部ないし延長として、行政主体と市民との不对等な関係を律する現象として論じられてきた。⁽⁹⁹⁾

他方で近年、齋藤誠氏は、⁽¹⁰⁰⁾ 一四年最判で問題となった紛争が「具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」に当たりうることを論証する前提として、行政行為の効力論に関し次のように説明する。⁽¹⁰¹⁾ 「まず、行政行為の場合を考える。法律ないし条例に根拠をおく行政機関の当該行為によって、(A) 私人の権利義務は一方的に変動・確定し(あるいは、その前提となる要件事実が確定し)、法的拘束力が生ずる(行政行為の規律力、ないし規律権力)。そして、(B) この法効果を私人の側から排除するためには、原則として、特別の訴訟ルートを通らなければならず(行政行為の『公定力』、ないし取消訴訟の排他的管轄)、(C) 行政の側は、この、観念・言葉の世界で課した

義務を現実の世界で実現するために、行政代執行法の定める手段を用いて自力で執行するという特別な手段を用いることができる場合がある（行政行為の『執行力』）。（傍点は高木による）このように斎藤説は、（A）行政行為の規律力を土台としつつ、（B）公定力と（C）執行力とを、それぞれ実定法（行訴法・行政代執行法）に基づく特別な手続（訴訟手続ないし執行手続）との関連で対比的に論ずる。

つぎに仲野武志氏は、「国家・私人間関係を二当事者の権利領域の対立として捉えることを基本的前提」とする、行政法に係る「従来の実体法構成」を批判的に再検討するなかで、その構成の下では国家・私人の立場が、「民事法秩序における私人相互と本質的に変わるところはない。」としていく。「両者は、互いに相手方の権利領域を侵害してはならない代わりに、自己の権利領域内では自由に行動することができる。そして権利領域が侵害された場合には、排除請求権を行使しうるのである（但し、私人は裁判上の行使を要する一方、国家には裁判外の執行が認められる）。」かような物権的妨害排除さながらの〈権利規範〉こそが、実体法の核心的内容をなす。（傍点は高木による）このように仲野説は、権利規範に基づく排除請求権を土台としつつ、公定力と執行力との対比的な位置付けを示唆する。

斎藤説も仲野説も、公定力と執行力（あるいはそれらに対応する制度）とを対比的に論じ（先に挙げた（X）と（Y）との対比）、その差異性を強調する。この点で両説は、先にも指摘した公定力と執行力を「行政行為の権力性」の問題意識において一貫して捉えてきた伝統的な行政法学の前提に立つものである。しかし他方で両説は、公定力と執行力との間の差異性の前提にある、両特殊な効力間の一定の内在的な共通性をも示唆している。もつとも両説とも、この共通性に関して掘り下げて議論しているわけではない。そこで「行政行為の遮断効」という問題意識（先に挙げた（X）と（Y）との対比）の下で、あらためて公定力と執行力とを対比的に論じてみよう。

第四節 若干の検討

思うに、《効力覆滅遮断効》も《効力貫徹遮断効》も、行政行為の効力を継続させること、その限りでの「法的安定性」を保護すべしとの要請からすれば、「同じ」であるとの問題意識が重要なのではないか。むしろ両《遮断効》は、法的安定性の保護が要請される場面、言うなれば【座標系】が異なる。すなわち前者の遮断効は、行政訴訟の場面で、不利益な処分を受けた相手方市民の利益と対立する視点から、法的安定性の保護が要請される。これに対し後者の遮断効は、行政執行の場面で、行政主体の利益（公益）と対立する視点から、法的安定性の保護が要請される。とはいえ、「法的安定性の保護」という原理的要請とそれに基づき行政行為に関して遮断効が働くという作動メカニズムの点では、行政訴訟の場面であれ行政執行の場面であれ、変わらないのである。⁽¹⁰⁵⁾

かくして公定力と執行力とは、行政行為の権力性、という観念的・抽象的観点から整理できるのみならず、行政行為の遮断効、という技術的・機能的観点からも整理できる。そしてこの遮断効に係る【相対的】理解を踏まえると、一四年最判に関して、次のような問題点が浮かび上がってくる。すなわち効力覆滅遮断効に関しては、行政行為に「重大かつ明白な」瑕疵がある場合（＝無効の瑕疵がある場合）の例外的な救済の余地が認められている。これに対し一四年最判は、効力貫徹遮断効に関して、例外的な執行の余地までも否定してしまっているように、少なくとも見受けられる。いわば公定力と執行力とを、「行政行為の遮断効」として純粹に技術的・機能的に理解した場合、両特殊な効力をめぐる解釈論の帰結間での「不均衡」が浮き彫りになるのである。⁽¹⁰⁶⁾

ただし一四年最判によって、その種の例外的な執行の余地まで完全に排除されてしまったのかに関しては、なお検討する必要がある。その際にはあらためて、法律上の争訟と行政代執行の排他的管轄が融合して論じられている一四年最判の特徴を踏まえ、その射程距離を分析することが求められるように思われる。⁽¹⁰⁶⁾

第五章 むすびにかえて

本稿では、義務履行確保訴訟問題を素材に、行政行為の公定力及び執行力に関して、「行政行為の権力性」ではなく、「行政行為の遮断効」という視点から統一的に説明する可能性を模索してきた。そのなかで、行政義務履行確保訟を「法律上の争訟」性がないとして一律不適法とするように、少なくとも見受けられる一四年最判の不当さにつき、公定力と執行力とを対比する視点から議論した。

すなわち「行政行為の遮断効」という視点に立てば、公定力と執行力とは、行政訴訟か行政執行かといった、法的安定性の保護の要請が求められる【座標系】を異にするに過ぎないこと、それにもかかわらず公定力（効力覆滅遮断効）の場合には重大かつ明白な瑕疵（無効の瑕疵）がある場合の例外的救済の余地が認められるのに対し、執行力（効力貫徹遮断効）の場合には例外的執行の余地がまったく認められないというのは——厳密に言うところ「認められないと解するならば」——、およそ法解釈論として均衡を欠くのではないかと指摘した。

また以上の検討の中で、義務履行確保訴訟に公定力が及ばないことの説明に関しては、「当事者対等の原則」や《予測可能性保護の原則》といった抽象的な論拠ではなく、むしろ「違法性の承継」を認める場合に生ずる「法的事態」——違法主張遮断効を認めなければ効力覆滅遮断効の侵害が生じてしまう事態——が想定しえないこと、その限りで「行政行為の遮断効」といった具体的な解釈論的論拠から裏付けうることをも指摘した。

今後の研究課題として、まずは、本稿で検討しえなかった「刑事裁判と公定力」問題や「再申請と不可争力」問題⁽¹⁷⁾がある。両問題とも、行政行為の特殊な効力に関わる著名な論点として、本稿で取り上げた問題とともに（あるいはそれ以上に）、学説判例上議論されてきたところである。両問題につき、行政行為の遮断効の観点からどのような

に説明することができるのか、取り組んでいく必要がある。

つぎに行政行為の遮断効に関する理論的検討の必要性である。先に《法的安定性の保護》という原理的要請から遮断効を裏付けうるとしたが、他方で遮断効が「行政主体に対しても市民に対しても及ぶこと」については、どのような原理的要請から裏付けうるのであるか。この点先の斎藤説を踏まえるならば、伝統的な行政法学において語られてきた行政行為の「拘束力」、とりわけその「両面性」⁽¹⁰⁸⁾から裏付けられうる可能性がある。

そしてこの「拘束力の両面性」が「法律による行政」——ないしは「法の支配」——を原理的基礎とするならば、遮断効の両面性⁽¹⁰⁹⁾についても《法律による行政》から裏づけうるのではないか。もっともこうした「行政行為の力学」⁽¹¹⁰⁾に係る仮説的思考を裏付けていくためには、遮断効が前提とする、「行政行為の法的効果」とは何かについて、拘束力説や規律力説も踏まえて分析していく必要がある。

さらに以上の理論的検討の延長線上で、近年の「処分性拡大判例」の解釈論的検討も必要となつてこよう。とくに筆者は、《処分性の拡大解釈に伴う取消訴訟の排他的管轄の縮小解釈》の必要性を提唱したところであるが、公定力であれ不可争力であれ（はたまた執行力であれ不可変更力であれ）、行政行為の特殊な諸効力を「遮断効」という形で「規格化」して論ずることにどのような意義があるのかについて、検討していかなければならない。加えて筆者は、右の縮小解釈論の前提として、《主観的構成と客観的構成の区別を通じた「行政行為」概念の再構成》の必要性を指摘したところであるが、この必要性との関連でも遮断効の問題を検討していかなければならない。以上の点に関しては、今後の研究課題としたい。

(1) 行政行為の特殊な効力ないし制度的な効果に関する説明として、塩野宏『行政法Ⅰ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）

【以下塩野『総論』】一四四頁以下等参照。

(2) ただし取消訴訟（取消判決による取消し）以外にも、職権取消しや不服申立てに基づく取消しもある。このことから「取消制度の排他性」との用語法を採る、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）【藤田『総論』】二二〇頁以下等参照。

(3) 同様に取消訴訟は、違法な行政行為を受けたことを知った日から六カ月以内に提起されねばならず、この期間を過ぎるとはや争えなくなってしまう。行政行為の特殊な効力としての「不可争力」、あるいは、取消訴訟に「出訴期間」（行訴法一四条）が設けられていることの制度的な効果として説明される。

(4) 塩野『総論』・前掲注（1）一五九頁以下等参照。前掲注（3）の不可争力（取消訴訟の出訴期間）に関しても同じことが当てはまる。

(5) ただし、公務員の免職処分や許可処分といった、そもそも行政行為の性質上、強制執行なり執行力なりが、意味をなさないものもある。塩野『総論』・前掲注（1）一五五頁や藤田『総論』・前掲注（2）二二七頁等参照。

(6) 藤田『総論』・前掲注（2）二一六頁以下、原田尚彦『行政法要論「全訂第七版・補訂二版」』（学陽書房、二〇一二年）一四四頁、広岡隆『行政上の強制執行の研究』（法律文化社、一九六一年）【広岡『執行』】四一五頁等参照。

(7) 原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂、一九七三年）【原田『利益』】一〇四頁以下や塩野宏『法治主義の諸相』【塩野『諸相』】（有斐閣、二〇〇一年）三二一頁以下等参照。

(8) 行政行為に内在する特殊な効力（公定力、不可争力、執行力）として論ずるべきか（A説、伝統的な行政法学のスタンス）、それとも実定法（行訴法や行政代執行法等）の制度的な効果として論ずるべきか（B説、今日の通説的見解）に関して、本稿では次のように考える。仮にB説に立ったとしても、その種の制度的な効果が実定法上（外在的にはあれ）行政行為（行政処分）に対して認められていると解することには変わりない。その限りで、行政行為に特殊な効力がある。とのA説の《用語法》は、論理必然的にB説の趣旨に反するということになるわけでもない。むしろ戦前以来A説が、行政行為に関して過大な権力性を容認する文脈で論じられ、それへの対抗として、戦後B説が展開してきたという学説史的背景（例えば宮崎良夫『行政争訟と行政法学（増補版）』（弘文堂、二〇〇四年）一九七頁以下等参照）を重視するのであれば、用語法としてもA説を排除すべきとの考え方もあ

う(関連して宇賀克也『行政法概説Ⅰ「第五版」』(有斐閣、二〇一三年)【宇賀『総論』三三二頁以下等参照】)。

さしあたり本稿では、「実定法の制度的効果」を構成する概念としての「行政行為の特殊な効力」にも、今日なお一定の有用性があるとの認識に立つ。ただしそれと同時に、この有用性が学問上あくまでも「過渡的なものに過ぎない」との認識にも立つ。具体的には、本稿後にみるように、これらの特殊の効力の性質を【解析】し、その共通する性質を「遮断効」に見出すことを通じて、それらの特殊な効力なるものを、「予測可能性の保護」や「法的安定性の保護」等の原理原則を踏まえつつ、純粹に機能的に論じていく道を模索していくことが重要であると考ええる。

(9) 雄川一郎ほか『行政強制』ジュリ増刊(一九七七年)【『行政強制』一九三頁以下等参照】。

(10) 関連して拙稿「行政行為の遮断効」洋法五七巻三号(二〇一四年)三七頁以下ならびに拙稿「課税処分遮断効」洋法五八巻一号(二〇一四年)一頁以下参照。もともと近年では、「行政行為の権力性」という観点を介在させつつ、両特殊な効力について統合的かつ理論的に論ずるという動向よりも、行訴法であれ行政代執行法であれ、それぞれの実定法規の制度的効果として、かつ、それぞれ独立の解釈問題として論ずるという動向も有力である(宇賀『総論』・前掲注(8)二一八頁以下、三三一頁以下等参照)。その限りで本文のように、両特殊な効力について、権力性であれ遮断効であれ、行政行為に関わる問題として統合的かつ理論的に論ずる本稿の問題意識は、「一昔前」のものと言えなくもない。

しかしいずれの制度的効果であれ、それらを法律上所与の前提として議論するだけでは、それら効果が「行政行為」に対して認められていることの意義について、またそれらの効果間の関係をどのように理解するのかについて、議論を深めることができないかもしれないかと思われる。もちろんいずれの制度的効果であれ、「行政行為」に対してだけ認められているわけではないことも確かである。例えば、行政行為の不可争力(前掲注(3)参照)に関連して、当事者訴訟にも出訴期間がありうること(行訴法四〇条)や、行政行為の執行力に関連して、法律を直接の根拠とした行政上の義務の代執行もありうること(行政代執行法二条)等参照。

とはいえ本稿では、さしあたり、それら周縁的な問題に関してをも包括的に論じていく(すなわち問題を一般化して論じていく)前の段階として、これまで中核に置かれてきた「行政行為」に焦点を絞って、そのメカニズムを説明していく(すなわち問題

を特殊な場合に絞って論じていく）のが、研究の進め方として妥当なのではないかと考える。

(11) 義務履行確保訴訟の性質を民事訴訟ではなく、「当事者訴訟」と捉える考えもある。細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商八二巻五号（一九八〇年）六五八頁や中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法教三七五号（二〇一一年）九七頁等参照。

(12) 関連して拙稿「法律上の争訟」岡田正則ほか編『判例から考える行政救済法』（日本評論社、二〇一四年）【拙稿「争訟」】三頁以下参照。

(13) 具体例として孝橋宏「判批」平成一四年行判解説二三八頁以下参照。

(14) 福井章代「判批」最判解民平成一四年度（下）五三六頁等参照。

(15) 例えば曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、二〇一一年）一六五頁は、二区分論につき「公法・私法二元論の制度的基礎がなくなり、司法国家となったわが国においてなお維持すべき理論であるのかどうか正に問われている。」と指摘する。また中川「法教」・前掲注（11）一〇六頁は、納税義務等の金銭的な行政上の義務は、行政主体の財産的権利に由来するのでなく、「法律という民主的決定」によって定められるとして、納税義務を「財産的権利に由来する」「行政上の義務」とする説明（福井・前掲注（14）五三六頁参照）につき、「比喩以外の何者でもない」と批判する。

(16) 拙稿「争訟」・前掲注（12）九頁参照。

(17) 曾和・前掲注（15）一六三頁や中川丈久「判批」論究ジュリ三三〇（二〇一二年）【中川「ジュリ」】五六頁脚注（1）等参照。

(18) 中川「ジュリ」・前掲注（17）六五頁等参照。

(19) 福井・前掲注（14）五三四頁以下参照。

(20) 曾和・前掲注（15）一八二頁参照。

(21) 阿部泰隆『行政訴訟要件論』（弘文堂、二〇〇三年）一五三頁も、一四年最判が行政代執行法に言及している点について、「同法は直接強制、執行罰、代執行を完備した戦前の行政執行法を念頭において、代執行が原則であるとしたものであって、行政上の義務の民事執行を念頭においたものではない。」と指摘する。関連して阿部泰隆『行政法の解釈』（信山社、一九九〇年）【阿部

『解釈』三三三頁も参照。

(22) 「取消訴訟の排他的管轄」との間での《類推》が許されるならば、福井説が（行政訴訟外部の）民事訴訟との関連での排他的管轄理解を示すロジックであるのに対して、曾和説は（行政訴訟内部の）当事者訴訟との関連での排他的管轄理解を示すロジックと言えようか。

(23) ちなみに義務履行確保訴訟が排他的管轄に反する場合、「訴えの利益」を欠くとの理由から不適法になるとされる。小早川光郎『行政法上』（弘文堂、一九九九年）二四二頁、岡田春男『行政法理の研究』（大学教育出版、二〇〇八年）一三五頁、秋田地判昭和三十六年九月二五日（行集二二巻九号一九二二頁、福岡高判昭和三八年一〇月二三日（下民集一四巻一〇号二〇九〇頁）等参照。ただしこの点本文後掲四一年最判は曖昧である。孝橋・前掲注（13）二四一頁（注3）参照や高田裕成・宇賀克也「行政上の義務履行確保」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、二〇〇三年）【対話】七八頁（宇賀克也発言。関連して拙稿「争訟」・前掲注（12）一〇頁も参照。

(24) 福井・前掲注（14）五四五頁（注11）等参照。

(25) 福井・前掲注（14）五四四頁（注9）等参照。

(26) 例えば大阪高決昭和四〇年一〇月五日（行集一六巻一〇号一七五六頁）は、市庁舎（行政財産）の使用許可取消しに伴い、市役所職員組合が負う明渡し義務について、行政代執行ではなく、民事訴訟によるべきとする。関連して曾和・前掲注（15）一九九頁以下、斎藤誠「現代地方自治の法的基層」（有斐閣、二〇一二年）四〇四頁、広岡隆「行政法閑談」（ミネルヴァ書房、一九八六年）【広岡「閑談」】九〇頁以下、『行政強制』・前掲注（9）一八頁以下（広岡隆各発言参照）、広岡隆「公物と民事訴訟」自ゼ二三巻一一号（一九八四年）四四頁以下、法務省訟務局内訟務事例研究会編『国・公共団体をめぐる訴訟の現状』（ぎょうせい、一九九八年）七五頁（布村重成）等も参照。

(27) 従来の学説では、『行政執行が法定されているか否か』をはじめ、それぞれ微妙に異なった基準から、義務履行確保訴訟の問題状況が分類され、議論されてきた。例えば『行政強制』・前掲注（9）一八頁以下、広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣、一九七七年）【広岡「救済」】八九頁以下、小高剛「行政強制」『基本法学八巻』（岩波書店、一九八三年）二六一頁以下、小高剛は

か『行政法総論』（ぎょうせい、二〇〇六年）一三九頁以下（寺田友子）、亀田健二「わが国における条例上の義務の司法的執行」関法四三卷一・二合併号（一九九三年）一九三頁以下、金子正史「判批」法資二五〇号（二〇〇二年）八九頁以下、細川俊彦「行政上の義務の強制的実現方法」判自四四号（一九八八年）八九頁以下、『対話』・前掲注（23）七六頁以下、宇賀『総論』・前掲注（8）一二二頁以下、阿部『解釈』・前掲注（21）三三六頁以下、岡田・前掲注（23）一三二頁以下、布村・前掲注（26）七六頁以下等参照（立法論の文脈で日本弁護士連合会編『使える行政訴訟へ』（日本評論社、二〇〇三年）一五一頁も参照）。

（28） 本件の仮処分申請事件に当たる、岐阜地決昭和四三年二月一日（訟月一四卷四号三八四頁）も参照。

（29） それゆえ本件は民事訴訟（義務履行確保訴訟）の適否がダイレクトに争点となった事案ではない。ただしその訴訟の前提として保全措置の適否が争点となっており、広い意味では義務履行確保訴訟問題に属する。実際にも判例学説上、この種の仮処分申請問題が義務履行確保訴訟問題の一環として論じられてきた経緯もある。評釈として布村・前掲注（26）七一頁以下や金子良隆「判批」民事研修四一一号（一九九一年）三二頁以下参照。

（30） 阿部『解釈』・前掲注（21）三二〇頁や磯野弥生「行政上の義務履行確保」『現代行政法大系二卷』（有斐閣、一九八四年）二五四頁は、岐阜地判昭和四四年につき、なぜ行政代執行が「非常の場合の救済手段」と言えるのか説明がないと批判する。

（31） 訟月三七卷一号二頁以下（梅村上）参照。

（32） 岐阜地判や富山地決と同種の、河川区域内の砂利の不法採取問題に関わって、原状回復命令をめぐる義務履行確保が、民事訴訟ではなく行政代執行によってなされた事例として、大津地決昭和四三年二月一九日（訟月一四卷四号三八六頁）を参照。

（33） 梅谷千代子「判批」法と政治（一九七四年）八八頁、訟月三七卷一号四頁（梅村上）、布村・前掲注（26）七八頁参照。なお横浜地判昭和五三年九月二七日（判時九二〇号九五頁）は、本文後掲昭和四一年最判を引用し、行政代執行法の手続により履行が確保することができる行政上の義務については、「特段の事由なき限り」、行政主体が義務履行確保訴訟を提起することには訴えの利益がないとしつつも、「行政庁が裁判所によって請求権の存在についての確認を受け、権利の強制的実現を図ろうとすることに国民の権利保護という観点からみれば、不都合はないというべく、右の『特段の事由』について、しかく厳格に解するの必要はない。」として、緩やかに訴えの利益を認める。形式的には（ア）の場合の排他的管轄肯定説であるが、実質的には排他的管轄否

定説を採ったとも言える。関連してこの判決について「折衷説」を採用したと理解する、字賀『総論』・前掲注(8)二三五頁以下「対話」・前掲注(23)八一頁(字賀克也発言) 参照。

(34) 評釈として村上順「判批」判評三三二号(一九八六年)一七四頁以下や白井皓喜「判批」判自二四卷八五頁以下等も参照。なお大阪高決昭和六〇年と岐阜地判昭和四四年の違いにつき、岡田・前掲注(23)一三七頁も参照。

(35) 同旨の裁判例として、例えば神戸地判支平成六年六月九日(判自一二八号六八頁、一四年最判の仮処分事件)も、「行政庁が履行確保の手段がないために何らの措置をとりえないとすることは行政上弊害が生じ、公益に反する結果となつて不合理である」との理由から、義務履行確保訴訟とそれに伴う仮処分の余地を認めた。そのほか、横浜地決平成元年二月八日(判タ七一七号二二〇頁)、盛岡地判平成九年一月二四日(判タ九五〇号一七七頁)、東京高判平成一年七月二二日(判時一七〇六号三八頁)等も参照。

(36) 福井・前掲注(14)五四六頁(注14)は、神戸地判支部決昭和六〇年一月一日(判時一一八九号四二頁、大阪高決昭和六〇年の原審)ならびに神戸地判支部決平成九年九月九日(判タ九六二号一三三頁、一四年最判の仮処分事件)を義務履行確保訴訟(の前提としての仮処分)を否定する裁判例として挙げる。しかし前者は申請人と被申請人との間に合意を認定しえないことから、それに基づく被保全権利が疎明不十分として、後者は規制条例が違法無効で、それを前提とする被保全権利は存在しないとして、それぞれ仮処分を認めなかった事例である。したがっていずれも義務履行確保訴訟を否定した裁判例として言及するのは妥当ではない。村上裕章「行政訴訟の基礎理論」(有斐閣、二〇〇七年)七四頁注(8) 参照。

(37) (アa) の場合の排他的管轄に肯定的な立場として、細川「民商」・前掲注(11)六五三頁以下や『行政強制』・前掲注(9)一八頁(広岡隆発言。義務履行確保訴訟につき不適法と断定まではしないが懐疑的なコメントをする)、否定的な立場として、布村・前掲注(26)七九頁や大浜啓吉「行政法総論」【第三版】(岩波書店、二〇一二年)四二五頁等参照。

(38) 例えば田中二郎『新版行政法上巻』【全訂第二版】(弘文堂、一九七四年)一七九頁以下脚注(3)、村上順・前掲注(34)一七六頁以下、白井・前掲注(34)八六頁、磯野・前掲注(30)二五四頁以下、碓井光明「行政上の義務履行確保」公法五八号(一九九六年)一四六頁、藤田宙靖『最高裁回想録』(有斐閣、二〇一二年)九六頁、亀田・前掲注(27)一九八頁、芝池義一「行

政法総論講義『第四版補訂版』（有斐閣、二〇〇六年）【芝池『総論』】二〇七頁、孝橋・前掲注（13）二四〇頁、中野貞一郎『民事執行法（増補新訂六版）』（青林書院、二〇一〇年）一二二頁以下等参照。ただし田上穰治『行政強制について』公法、二七号（一九六三年）一五八頁や柳瀬良幹『行政代執行法第二条（一）』自研四二卷二号（一九六六年）三六頁も参照。

（39）阿部『解釈』・前掲注（21）三二五頁参照。

（40）これに対して梅谷・前掲注（33）八八頁も参照。

（41）曾和・前掲注（15）一八四頁参照。同一八一頁以下、同一八六頁、同一〇九頁以下も参照。

（42）『解釈論的工夫』につき、曾和・前掲注（15）一六七頁以下等も参照。関連して兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、一九八三年）【兼子『総論』】二一〇頁は、「司法国家の原理」から、また行政代執行一条の「別に法律で定めるもの」に民事訴訟を含めしめる見地から、義務履行確保訴訟肯定の論理構成を提示する。ただし福井・前掲注（14）五四六頁（注17）や小高・前掲注（27）二六四頁も参照。

（43）すなわち判決によれば、「租税債権は、税務署長の課税処分なる行政行為により国が取得し、しかも、それには所謂『自力執行力』と称される執行力が付与せられており、その任意履行がなされないときは、直ちに国税徴収法所定の滞納処分手続による差押・換価処分をして、強制的に徴収することができる」ので、「通常の場合国が租税債権の行使として、訴を提起するの必要はない」としながらも、本件においては、「被告は原告主張の租税債権の存在を争っていないが、目下のところ、差押えの対象となるべき財産を所持しておらない事情があり、しかも、租税債権の消滅時効の進行を中断する方法については民法所定の方法によることとされている（会計法第三十一条・国税通則法第七十二条）」ことから、「裁判上の請求をするよりほかに、時効中断の方法はない」とし、「かかる場合は、国が租税債権の行使を裁判上の請求によりなす必要があり、そのためにする訴には本案判決を求める利益がある。」とした。

（44）東京地判昭和三十九年三月二六日（下民集一五卷三号六三九頁）、横浜地判昭和四二年九月一九日（LEX/DB 22800389）、山口地判昭和四二年一〇月九日（LEX/DB 22800348）、福岡地判昭和四四年二月四日（LEX/DB 22002963）、静岡地判昭和四七年一〇月一七日（LEX/DB 22002990）、福岡地判昭和五七年一〇月一五日（LEX/DB 22800115）、京都地判平成六年二月二八日（LEX/

DB 22007717)・名古屋地判平成六年六月二八日 (LEX/DB 22007253)・名古屋地判平成七年十一月二二日 (LEX/DB 28010491)・水戸地判平成二二年四月一九日 (LEX/DB 25501299)・名古屋地判平成二四年七月一九日 (LEX/DB 25503943) 等参照。

(45) 兼子『総論』・前掲注(42) 二〇六頁参照。

(46) 阿部『解釈』・前掲注(21) 三三二頁も参照。

(47) 同旨の裁判例として、例えば秋田地判昭和三六年九月二五日(行集二卷九号一九二二頁)は、原告土地改良区が被告組合員に対して、賦課処分をもって課した賦課金の徴収を求め民事訴訟を提起した事案であるが、裁判所は、「強制権能を有する行政主体自身が、司法裁判所に対し行政上の債権の確定及び強制履行を求めるため訴を提起し、民事訴訟制度を利用しようとすることは、屋上屋を重ねることであつて、少しもその利益がないだけでなく、制度上許されないと解すべきである。」として訴えを不適法とした。そのほか京都地判昭和三二年三月七日(行集八卷三三三頁)、福井地判昭和三八年七月一九日(下民集一四卷七号一三〇四頁)、福岡高判昭和三八年一〇月二三日(下民集一四卷一〇号二〇九〇頁)、福岡高決平成一七年八月二二日(判時一九三三三九二頁)も参照。

(48) 原田尚彦「池子訴訟から(二)」法教一三四号(一九九一年)【原田「法教」五六頁以下や阿部『解釈』・前掲注(21) 三二七頁以下も参照。関連して宇賀『総論』・前掲注(8) 一二三二頁も参照。

(49) 矢野邦雄「判批」最判解説民昭和四一年度六七頁。

(50) 『行政強制』・前掲注(9) 一九頁(塩野宏発言) 参照。

(51) 塩野『総論』・前掲注(1) 一二六頁脚注(3) も参照。

(52) 『行政強制』・前掲注(9) 二〇頁(塩野宏発言)。なお同二二頁で、塩野氏は、「時効中断を目的とする租税債権者の訴え」に關しては、「国税滞納処分のルールで試合をしてもらわなければ困るので、そこに別のルールを持ち出してくる」というのは、これは私はフェアの原則に反するのではないかと発言するが、この発言がその種の訴えにつき、(イ a) の場合に属すると理解した上での発言か、それとも本文先に紹介したように(イ b) の場合に属すると理解した上での発言かは不明である(文脈上は前者の理解のようにも読める)。

- (53) 例えば亀田・前掲注(27) 一九八頁は、「自力執行の手段が法上規定されている(または法上認められている)」ということから、自力執行の手段『のみ』であるという解釈になるのかどうか、「むしろ、法の趣旨は、自力執行手段を使っても良いというにすぎないのではないか」という主張も考えられうる」と指摘する。また村上順・前掲注(34) 一七六頁も、「行政上の義務履行確保の手段は行政上の強制執行システムに拠るべきであり、民事執行法上の強制的実現方法を活用できないと考えるのは、旧来の公法私法三元論に捉われた考え方」と指摘する(曾和・前掲注(15) 一七九頁以下も参照)。さらに阿部『解釈』・前掲注(21) 三二五頁は、「バイパスができたならば本道を通ることが禁じられるわけではない」ので、「バイパスがあればバイパスを通れ」というのは「適切な比喩ではない」と指摘する。そのほか中川「法教」・前掲注(11) 九七頁以下、「対話」・前掲注(23) 七七頁(高田裕成発言)、太田匡彦「民事手続による執行」『行政法の争点』(二〇一四年) 九六頁等も参照。
- (54) 小高・前掲注(27) 二六一頁以下参照。
- (55) 小高・前掲注(27) 二六四頁参照。
- (56) すなわち行政代執行法二条は、行政上の義務を負う者が「これを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるとき」にかぎり代執行を認める。例えば広岡隆『行政代執行法(新版)』(有斐閣叢書、一九八一年) 二二頁以下等参照。
- (57) 原田尚彦「行政上の強制執行と民事訴訟」自七五卷二号(一九六六年)【原田「自七」】三六頁以下参照。
- (58) 小早川「上」・前掲注(23) 二四三頁以下参照。
- (59) 村上順・前掲注(34) 一七六頁、斎藤・前掲注(26) 四〇六頁、『行政強制』・前掲注(9) 一九頁(新堂幸司各発言)等も参照。関連して富山地決平成二年六月五日(訟月三七卷一1号一頁)や矢野・前掲注(49) 六七頁も参照。
- (60) 小早川「上」・前掲注(23) 二四二頁参照。
- (61) 原田「法教」・前掲注(48) 五五頁参照。
- (62) これに対し広岡隆『行政法総論(第五版)』(ミネルヴァ書房、二〇〇五年) 一七三頁、同『閑談』・前掲注(26) 一〇〇頁以下、『行政強制』・前掲注(9) 一八頁以下(広岡隆各発言)等も参照。

- (63) 原田「法教」・前掲注（48）五五頁参照。
- (64) 原田「法教」・前掲注（48）五六頁のほか、同『要論』・前掲注（6）二三四頁も参照。
- (65) 原田「法教」・前掲注（48）五六頁参照。
- (66) 原田「法教」・前掲注（48）五三頁以下で議論の素材とされている、最判平成五年九月九日（訟月四〇巻九号二二二頁）が本文の場合に当たるとする。すなわち国（防衛施設局長）が、駐留米軍家族用の住宅用地に充てるため、逗子市所在の池子弾薬庫跡地の一部につき、仮設調整池設置工事を開始したところ、河川管理者としての逗子市市長が、河川法上の協議が尽くされないまま工事が違法に着手されたとして、国に対し建築統行中止命令をした事案である（したがって国には行政上の義務が生じていることになる）。原田氏は、この事案に関して、現実問題も含め、市が《国》の行政上の義務履行を確保することの困難性を指摘する（原田「法教」・前掲注（48）五七頁以下参照）。
- (67) 原田「法教」・前掲注（48）五六頁以下参照。加えて同『要論』・前掲注（6）一三四頁も、一四年最判批判の文脈で、「行政上の強制執行が法律上不可能な場合はむろんのこと、可能な場合であっても、行政主体がその権限を行使するのに司法判決を必要とする特段の事由（たとえば、義務履行の確保・時効の中断の必要など）がある場合にまで、行政側からの出訴を『法律上の争訟』にあたらず、絶対に許されないとするのは、いささか乱暴な立論である。」と指摘する。なお原田Y説が、原田X説の「改説」したものであるのかに関しては、明示的な言及もされていないし、本稿でも判断を保留する。

- (68) 岡田・前掲注（23）一三五頁以下参照。
- (69) 岡田・前掲注（23）一七五頁参照。
- (70) 岡田・前掲注（23）一七七頁以下参照。
- (71) 岡田・前掲注（23）一八〇頁以下参照。
- (72) 岡田・前掲注（23）一八二頁参照。
- (73) 岡田・前掲注（23）一八五頁参照。
- (74) ただし行政上の義務は、「行政行為」を介してのみならず、「法律」によっても直接生じる場合がある。それに伴い後者の場合

であっても排他的管轄が語られうる（前掲注（10）参照）。それゆえに、排他的管轄を「行政行為」の執行力の文脈で論ずることには、おのずから限界もある。この点、取消訴訟の排他的管轄と行政行為の公定力との関係をめぐる前掲注（2）とも比較参照。

(75) 例えば塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）八四頁以下は、取消訴訟の機能を分析した上で、「取消訴訟（取消判決）は、原状回復機能・適法性維持機能を中核とし、これに、法律関係合一確定機能・差止機能・再度考慮機能・反復防止機能をもつ」と結論づける（塩野『総論』・前掲注（1）一四六頁以下も参照）。また芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇七年）【芝池『救済法』】三〇頁以下も、民事訴訟にはない、取消訴訟のメリットとして、「適法性統制機能」・「早期権利保護機能」・「既成事実発生予防機能」・「紛争の一挙解決機能」・「第三者救済機能」を挙げる。さらに阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、二〇〇九年）六四頁以下も、「民事訴訟のシステムは、裁量が広い場合や第三者に影響を及ぼす行為を争う場合では必ずしも適切ではない。」と指摘する。そのほか高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店、一九八五年）一八四頁以下も参照。他方で原告市民にとつての、取消訴訟の不利な点として、事情判決、仮処分排除、仮の救済場面での内閣総理大臣の異議等もあることにも留意せねばならない。芝池『救済法』・本注三一頁以下参照。別の角度からの指摘として宇賀『総論』・前掲注（8）三三三頁も参照。

(76) 例えば美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、一九三六年）二五二頁以下、田中・前掲注（38）一〇五頁以下、塩野『総論』・前掲注（1）一五五頁以下、藤田『総論』・前掲注（2）二〇八頁以下、兼子『総論』・前掲注（42）一九三頁以下等のほか、『行政強制』・前掲注（9）一七五頁以下の議論も参照。

(77) 民事仮処分に絞った形で取消訴訟の排他性——「執行停止の排他性」——の是非に関しても議論する、中川「法教」・前掲注（11）一〇四頁も参照。

(78) 例えば広岡『救済』・前掲注（27）九五頁以下、『行政強制』・前掲注（9）一九頁（金子宏発言）ならびに同一九三頁以下、『対話』・前掲注（23）八三頁（高田裕成発言）、福井・前掲注（14）五四七頁（注20）等参照。

(79) もっともこの種の適法性審査を認めることが、公定力を侵害するのみならず、出訴期間の徒過の場合には、重ねて不可争力（前掲注（3）参照）侵害との関連でも問題となりうることに留意すべきであろう。『対話』・前掲注（23）八三頁以下（宇賀克

也発言)や岡田・前掲注(23) 一三七頁等参照。

(80) 塩野『総論』・前掲注(1) 一二四頁脚注(3) 参照(同旨か、布村・前掲注(26) 八〇頁参照)。また関連して『行政強制』・前掲注(9) 一九三頁以下も参照。

(81) 『対話』・前掲注(23) 八四頁(宇賀克也発言) 参照。

(82) 『行政強制』・前掲注(9) 一九頁(金子宏発言) も参照。

(83) 『行政強制』・前掲注(9) 一九頁(塩野宏発言) も参照。

(84) 宇賀『総論』・前掲注(8) 三四二頁以下も参照。そのほか適法性審査を認めるものとして、小高・前掲注(27) 二六四頁以下、寺田・前掲注(27) 一四一頁、阿部『解釈』・前掲注(21) 三三七頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、二〇〇八年) 五九七頁、芝池『総論』・前掲注(38) 一五四頁脚注(2)、岡田・前掲注(23) 一三八頁、村松勲『行政上の義務の司法的執行』都法四五巻二号(二〇〇五年) 六九頁、人見剛『行政処分の法効果・規律・公定力』磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、二〇〇八年) 八四頁等も参照。

(85) 土井真一『行政上の義務の司法的執行と法律上の争訟』法教三七四号(二〇一一年) 九三頁以下参照。

(86) 中川『法教』・前掲注(11) 一〇三頁参照。

(87) 阿部『解釈』・前掲注(21) 三三八頁も参照。

(88) もちろん、義務履行確保訴訟が提起されう旨が法律上明らかでないのにもかかわらず、義務履行確保訴訟が提起されてしまうことが、法律の留保(とくに侵害留保説)との関係でいかなものかとの問題は残る(阿部『解釈』・前掲注(21) 三三七頁参照)。しかしこの問題と取消訴訟の排他的管轄の適用・不適用問題とを結びつけるには、さらなる媒介的な議論が必要なのではないかというのが筆者の疑問である。

(89) 兼子仁『行政法学』(岩波書店、一九九七年) 一六二頁脚注(196) 参照(原文中の文献参照は省略)。

(90) なお、「行政庁の第一次的判断権と矛盾するものではない」との論拠(原田「自せ」・前掲注(57) 三三七頁も参照)をも踏まえ、義務履行確保訴訟における行政行為の適法性審査を肯定する議論として、小高・前掲注(27) 二六四頁以下参照。関連して阿

部『解釈』・前掲注(21) 三二六頁以下も参照。

(91) 拙稿「行政行為の遮断効」洋法五七卷三号(二〇一四年)三七頁以下並びに拙稿「課税処分¹の遮断効」洋法五八卷一号(二〇一四年)一頁以下参照。以下本文の説明はこれらを踏まえる。

(92) なお義務履行確保訴訟の性質について、民事訴訟ではなく、「当事者訴訟」とする考えをとる場合、当事者訴訟の判決には取消判決の拘束力の規定が「準用」されること(行訴法四一条)をどう考えればよいのかの問題が出てくる。この準用規定の意義一般をどう解するかはともかくとして、行政主体が原告で相手方市民が被告の当事者訴訟のなかで、たとえ違法主張が認められて被告が勝ったところで(請求棄却判決)、拘束力は問題とならないのではないか。ただし中川「ジュリ」・前掲注(17)五九頁も参照。

(93) 関連して例えば村松・前掲注(84)六九頁は、行政義務履行確保訴訟で適法性審査を認めることが、「不可争力と結びついて処分の効力を前提として形成された法律関係ないし法状態の早期安定化の目的を阻害するものともいえない。」と指摘する。不可争力につき前掲注(3)参照。

(94) もっとも例えば村松・前掲注(84)八三頁以下脚注(21)は、「民事執行を求める訴訟には公定力が及ばないとしても、条理上、相手方私人の側からの違法性の抗弁には一定の制約が働くことを肯定する余地があるように思われる。」と指摘する。

(95) 『行政強制』・前掲注(9)一七五頁以下等参照。

(96) 広岡『執行』・前掲注(6)四一六頁以下参照。

(97) すなわち「行政行為が法規により執行力を付与されてそれを保有し得るのは、それが有効な行政行為として妥当し、相手方がそれに服従しなければならない法律状態が暫定的に創設されていることを前提とする」と理解されるのであって、行政行為の執行力が現実的に機能し、行政行為がそれ自身の名義で執行され得るためには、行政行為が有効な行政行為として妥当する力、すなわちその公定力が、理論的前提をなすと解せられる」という(広岡『執行』・前掲注(6)四一六頁以下、強調は原文による)。関連して塩野『総論』・前掲注(1)一五五頁以下、原田『利益』・前掲注(7)一〇九頁、宮崎・前掲注(8)二〇二頁等も参照。

(98) もっとも広岡『執行』・前掲注(6)四一八頁は、「行政行為の執行力は、行政強制による行政行為の実現という可視的形態に

において顕現する実定制度的効力であるのに対して、行政行為の公定力は、かかる可視的現象の背後に潜んでかかる現象が生起するための理論的前提たる行政行為の有効性を担保する法理論的効力として理解せられるのであって、両者は、行政上の強制執行の理論的基礎という観点からその有機的繋がりにおいて理解されなければならないが、概念上あくまで区別されるべきものである。」(強調は原文による)とも指摘する。同四二六頁以下も参照。

(99) 有倉遼吉「行政行為の公定力」法教(第一期) 一号(一九六一年) 八二頁、山内一夫「行政法論考」(一粒社、一九六五年) 三一頁以下、杉村敏正「法の支配と行政法」(有斐閣、一九七〇年) 一五二頁、兼子仁「行政行為の公定力の理論」(第三版) (東京大学出版会、一九七一年) 二六頁以下、山内一夫「行政行為論講義」(成文堂、一九七四年) 五八頁以下等も参照。

(100) 斎藤・前掲注(26) 四〇五頁参照。

(101) 塩野「諸相」・前掲注(7) 三二二頁も参照。

(102) 仲野武志「公権力の行使概念の研究」(有斐閣、二〇〇七年) 二頁以下参照。

(103) なお阿部「解釈」・前掲注(21) 三三四頁は、「行政救済のルールが明確でなければならない」という《予測可能性の保護》の要請が、「行政庁の相手方になる国民についてのみならず、行政上の手段を利用する行政庁側にも妥当すると思われる。」として、行政代執行の排他的管轄の例外を認める議論をしている。この阿部説と、本文で論じている、「法的安定性の保護」の要請に基づく「行政行為の遮断効」の展開とは、対蹠的な関係にあるようにも思われる。

(104) もちろん、行政主体と市民との間では(事実上の)「権力性」の有無の点で、大きな相違があることをも含めて考えてみれば、効力覆滅遮断効と効力貫徹遮断効とで、「遮断効」の作動メカニズムにつき差異があることにも、一定の合理性があると言えなくもない。しかし本稿では、行政行為につき、そのような「権力性」という抽象的・観念的な観点からではなく、純粹に機能的観点から議論しているわけだし、また仮にそのような「大きな相違」をも含めて考えてみても、遮断効の有無につき正反対の帰結(オールオアナッシング)が生ずることが果たして妥当なのかに関しては、やはり検討されねばならないだろう。

他方で、一四年最判を念頭に置き、行政主体に財産義務履行確保訴訟が広く適法とされることをも踏まえれば、執行力(遮断効につき例外の余地なし)と公定力(遮断効につき例外の余地あり)とで実質的に均衡しているとも言えるかもしれない。しかしこ

の点に関しては、市民にとってみて「公権力の行使」に当たらない行政活動の場合、当事者訴訟や民事訴訟を通じて争えることと均衡を考えなければならないだろう。

- (105) 多くの論者が指摘してきたように、「被保全権利」に関する検討が必要であろう。例えば小早川光郎「行政による裁判の利用」法教五一号（一九九三年）一〇五頁以下、阿部「解釈」・前掲注（21）三二七頁以下、岡田・前掲注（23）一五七頁以下、福井・前掲注（14）五三九頁以下、曾和・前掲注（15）一六七頁以下、「対話」・前掲注（23）八三頁（高田裕成発言）、村松・前掲注（84）七三頁以下等を参照。そのほか、義務履行確保訴訟と抗告訴訟（取消訴訟）との訴訟手続上の兼ね合いに関して、福井・前掲注（14）五四七頁（注20）も参照。

- (106) 人見剛「行政処分と公定力と刑事裁判に関する覚書」立教八〇号（二〇一〇年）四一頁以下等参照。

- (107) 人見剛「行政処分不可争後の権利救済の可能性」都法三九卷一号（一九九八年）一二一頁以下等参照。

- (108) 美濃部・前掲注（76）二五五頁等参照。ちなみに、判決の「既判力」に関しても、「双面性」が語られている。新堂幸司「新民事訴訟法『第五版』（二〇一一年）七〇九頁参照。

- (109) もっとも塩野「総論」・前掲注（1）一三八頁以下は、規律力、公定力、不可争力、執行力、不可変更力というように、「力」というと何か物理的なものを連想させるが、（…）特別の法効果という意味であって、力という点にこだわる意味はない。」と指摘する。「力」という《言葉》にこだわる必要はないとの意味ではその通りだと思うが、筆者（高木）は、これまでの「行政行為の効力論」に関して、各種の力学的な《発想》にも学びながら、どのように議論を「再構成」することができるのか、考えてみたいと思っている。関連して、日本機械学会編『法工学入門』（丸善出版、二〇一四年）参照。

- (110) 塩野「総論」・前掲注（1）一三九頁以下等参照。

- (111) 拙稿「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」洋法五七卷一号（二〇一三年）五一頁以下等参照。

- (112) 拙稿「処分性拡大判例における認識枠組み」洋法五六卷一号（二〇一二年）二七頁以下参照。